

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2001.00065

vom 8. Januar 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-01-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2001.00065

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2001.00065 du 8 janvier 2003

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2001.00065 del 8 gennaio 2003

Erwägungen

E. 1

Die A.____ AG mit Sitz in B.____ bezweckte im Wesentlichen den Verkauf und Vertrieb von Computern und Computerprogrammen sowie den Vertrieb von verwandten Produkten und bot Dienstleistungen und Beratungen an (Urk. 2/2). Sie rechnete die paritätischen und Familienausgleichskassen (FAK)-Beiträge seit dem 1. Januar 1994 mit der Ausgleichskasse Grosshandel + Transithandel ab (vgl. Urk. 2/6b-c und Urk. 2/8). Am 17. April 2001 stellte das Betreibungsamt B.____ in der Betreibung Nr. 14670 einen definitiven Verlustschein über Fr. 39'451.05 für ausstehende Lohnbeiträge für das Jahr 1995 zuzüglich Zinsen und Kosten aus (Urk. 2/11/1).

Mit Verfügungen vom 30. August 2001 verpflichtete die Ausgleichskasse C.____ als Mitglied des Verwaltungsrats und D.____ als Präsident des Verwaltungsrats in solidarischer Haftung zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 39'204.20 für ungedeckte gebliebene Beiträge inklusive Zinsen und Kosten (Urk. 2/3-4). Dagegen erhoben C.____ am 24. (Urk. 2/5a) und D.____ am 25. September 2001 (Urk. 2/5b) Einsprache mit dem Antrag auf Aufhebung der Verfügungen.

E. 1.1

Nach Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können nach ständiger Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (BGE 123 V 15 Erw. 5b = AHI 1997 S. 208 Erw. 5b, 122 V 66 Erw. 4a, 119 V 405 Erw. 2, je mit Hinweisen). Haben mehrere Arbeitgeber oder mehrere Organe einer juristischen Person einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (BGE 114 V 214 Erw. 3 mit Hinweisen).

Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG und Art. 81 f. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatzordnungs- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art. 88 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung; BGE 113 V 186) sowie auf die kantonrechtlichen Beiträge für die Familienausgleichskasse (§ 33 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer; nicht

publiziertes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen A. vom 30. Juni 1997, 2P.251/1996).

E. 1.2

Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht (Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.). Verwaltungs- und Betreuungskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 384 Erw. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 197 Erw. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehen auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 29 Erw. 5).

E. 1.3

Der Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 126 V 444 Erw. 3a, 121 III 384 Erw. 3bb, 388 Erw. 3a, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. z.B. BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. z.B. BGE 121 V 234, 240). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 112 V 157 Erw. 2, 108 V 194 Erw. 2d, je mit Hinweisen). Im zweiten Fall gilt der Schadenseintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 16 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 121 III 384 Erw. 3bb, 113 V 256, 112 V 157 Erw. 2).

E. 1.4

Nach Art. 82 Abs. 1 AHVV verjährt die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird. Bei dieser Frist handelt es sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um eine Verwirkungsfrist, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 128 V 12 Erw. 5a, 17 Erw. 2a, 126 V 451 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV ist in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 128 V 17 Erw. 2a, 126 V 444 Erw. 3a 452 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

Der Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 126 V 444 Erw. 3a mit Hinweisen). Dies trifft im zweiten Fall dann zu, wenn die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 16 Erw. 5b = AHI 1997 S. 209; BGE 112 V 157 Erw. 2; ZAK 1990 S. 287 Erw. 3b/aa).

Eine solche tatsächliche Uneinbringlichkeit und damit ein Schaden liegt vor, wenn die Ausgleichskasse in der gegen den Arbeitgeber eingeleiteten Betreuung auf Pfändung vollständig zu Verlust gekommen ist. Der Pfändungsverlustschein gemäss Art. 115 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 149 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), welcher den Schaden grundsätzlich und in masslicher Hinsicht fest umschreibt, manifestiert, dass der Arbeitgeber seine Beitragspflicht nicht erfüllt hat und damit realistisch auch der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG nicht nachkommen kann. Deshalb steht vom Zeitpunkt der Ausstellung des Pfändungsverlustscheines an einer Belangung der subsidiär haftbaren Organe nichts im Wege. In diesem Moment hat die Ausgleichskasse auch Kenntnis des Schadens, was die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 82 Abs. 1 AHVV in Gang setzt (ZAK 1988 S. 122 und 300).

E. 1.5

Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV schreibt vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe. Dazu hat das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2, je mit Hinweisen).

E. 1.6

Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 186 Erw. 1a mit Hinweisen). Absicht bzw. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht. Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zuzufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 186 Erw. 1b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2). So kann es sein, dass es einem Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 188; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b).

Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwägen, ob und inwieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Firma zuzurechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). Gehörten dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist für jede von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich - insbesondere, wenn sie lediglich kollektiv unterschriftsberechtigt sind, - die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (unveröffentlichtes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i.S. T. vom 15. Juni 1998, H 33/98).

Grobe Fahrlässigkeit liegt praxisgemäss vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher der Betreffende angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss (BGE 112 V 159 f. mit Hinweisen).

E. 1.7

Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 AHVG voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen auf die Lehre, 103 V 123 Erw. 4).

Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c).

E. 2

Der im Recht liegende Pfändungsverlustschein wurde am 17. April 2001 ausgestellt (Urk. 2/11/1), womit die Klägerin nach der dargelegten Rechtsprechung Kenntnis des Schadens erlangte. Die Schadenersatzverfügungen vom 30. August 2001 (Urk. 2/3-4) wurden somit rechtzeitig, das heisst innerhalb der einjährigen Verwirkungsfrist erlassen. Auch die Einsprachen vom 24. und 25. September 2001 (Urk. 2/5a, Urk. 2/5b) sowie die Klage vom 24. Oktober 2001 (Urk. 1/1-2) erfolgten innert der gesetzlichen Fristen (Art. 81 Abs. 2 und Abs. 3 AHVV).

E. 3

Zu prüfen ist, ob die einzelnen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, wobei zunächst auf den Schaden einzugehen ist.

E. 3.1

Mit Verfügung vom 26. Oktober 1998 setzte die Klägerin die von der A.____ AG für das Jahr 1995 geschuldeten Beiträge auf Fr. 33'529.55 und die darauf fallenden Verzugszinsen von Januar 1996 bis September 1998 auf Fr. 5'532.40 fest (Urk. 2/9). Am 24. November 1998 erhob die A.____ AG Beschwerde gegen die Aufrechnung von Verzugszinsen und ersuchte sinngemäss um Aufhebung der Zinsrechnung (Urk. 2/10 S. 1 Erw. I. 2). Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hob mit Urteil vom 19. September 2000 die angefochtene Verfügung insoweit auf, als die A.____ AG zur Bezahlung von Verzugszinsen verpflichtet wurde, und verpflichtete die Klägerin, die Verzugszinsen neu zu berechnen (Urk. 2/10 S. 6 Dispositiv-Ziffer 1).

E. 3.2

Der von der Ausgleichskasse eingeklagte Schaden in der Höhe von insgesamt Fr. 39'204.20 beruht auf den von der Klägerin mit Verfügung vom 26. Oktober 1998 (Urk. 2/9) eingeforderten paritätischen Beiträgen und FAK-Beiträgen in der Höhe von Fr. 33'529.55 für das Jahr 1995, die unangefochten in Rechtskraft erwachsen sind (vgl. Urk. 2/10), den darauf erhobenen Verzugszinsen von Fr. 5'285.55 und den Mahn- und Betreuungskosten von Fr. 389.10 (Urk. 1/2 S. 8).

E. 3.3

Hinsichtlich der Lohnbeiträge für das Jahr 1995 gemäss Nachzahlungsverfügung vom 26. Oktober 1998 (Urk. 2/9) machten die Beklagten geltend, die Klägerin habe der A.____ AG am 16. Januar 1996 (Urk. 2/7) eine Jahresabrechnung für 1995 zugestellt. Demnach hätte die Klägerin ihre in der Zwischenzeit in Rechtskraft erwachsene Verfügung vom 16. Januar 1996 mit Erlass der Verfügung vom 26. Oktober 1998 nicht abändern dürfen (Urk. 11 S. 5 Ziff. 8). Im Gegensatz zur Ansicht der Beklagten kann in Anbetracht der Ausgestaltung der provisorischen Jahresabrechnung eine Verfügung darüber in zeitlicher Hinsicht von vornherein keine Rechtsbeständigkeit entfalten. Eine Nachzahlungsverfügung kann deshalb die Lohnbeiträge neu festlegen, ohne Bindung an die provisorische Jahresabrechnung und ohne dass, wie sonst üblich, die Voraussetzungen einer Revision beziehungsweise der Wiedererwägung erfüllt sein müssten. Entsprechend können die Beklagten aus ihrem Einwand, wonach aufgrund der anschliessenden Überweisung die A.____ AG davon ausgehen durfte, dass die Abrechnung definitiv geworden sei (Urk. 11 S. 5 Ziff. 8), nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal in der provisorischen Jahresabrechnung ausdrücklich festgehalten wurde, dass eine definitive Jahresabrechnung in Form einer Verfügung erfolgen werde (vgl. Urk. 2/7). Entgegen der Auffassung der Beklagten findet sodann nach der Rechtsprechung im Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG eine Überprüfung der verfahrens- und klageweise geltend gemachten Forderung in masslicher Hinsicht nicht mehr statt, soweit sie auf einer Nachzahlungsverfügung beruht, die unangefochten geblieben und somit in Rechtskraft erwachsen ist. Durch die Möglichkeit, gegen eine Nachzahlungsverfügung Beschwerde zu führen, ist genügend Gewähr dafür geboten, dass die Organe der zahlungsunfähig gewordenen Arbeitgeberin nicht mit ungerechtfertigten Schadenersatzforderungen belastet werden. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen sich aus den Akten Anhaltspunkte für eine zweifellose Unrichtigkeit der durch Nachzahlungsverfügung festgesetzten Beträge ergeben (AHI 1993 S. 172 Erw. 3a; ZAK 1991 S. 126 Erw. II/1b). So verhält es sich hier jedoch nicht. Die Beklagten müssen sich daher die Rechtskraft der Nachzahlungsverfügung vom 26. Oktober 1998 (Urk. 2/9) betreffend die Lohnbeiträge 1995 entgegenhalten lassen.

E. 3.4

Soweit die Schadenersatzforderung nicht auf der formell rechtskräftigen Verfügung vom 26. April 1998 (Urk. 2/9) beruht, ist vorab festzustellen, dass aufgrund der den Parteien obliegenden Mitwirkungspflichten es Sache der Ausgleichskasse ist, die Schadenersatzforderung so zu substantiieren, dass sie überprüfbar werden kann. Andererseits obliegt es im Bestreitungsfall den Beklagten, substantiiert darzulegen, weshalb der von der Kasse ermittelte Schadensbetrag unzutreffend ist (ZAK 1991 S. 126 Erw. II/1b).

E. 3.4.1

Die Klägerin hat in ihrer Klage vom 24. Oktober 2001 eine Verzugszinsforderung von Fr. 5'285.55 erhoben (Urk. 1/2 S. 8). Sie reduzierte diese somit gegenüber ihrer Verfügung vom 26. Oktober 1998 von ursprünglich Fr. 5'532.40 um Fr. 246.85 (Urk. 2/9). Angaben, weshalb ein Verzugszins geschuldet ist und wie sich die Verzugszinsforderung zusammensetzt, hat die Klägerin keine gemacht, obwohl sie mit Urteil vom 19. September 2000 angewiesen wurde, vorerst zu prüfen, ob gemäss Art. 41 bis Abs. 1 AHVV tatsächlich Verzugszinsen geschuldet sind, um hernach unter Berücksichtigung der Bestimmung von Art. 41 bis Abs. 2 lit. d AHVV die Verzugszinsen neu zu berechnen (Urk. 2/10 Erw. II.4c). Zudem wurde der Klägerin mit Verfügung vom 21. Februar 2002 Frist angesetzt, um unter anderem anzugeben, worauf sie ihre Verzugszinsforderung stützt (Urk. 13). In ihrer Replik vom 11. März 2002 nahm sie dazu jedoch ebenfalls nicht Stellung (vgl. Urk. 15). Es kann somit nicht überprüfbar werden, ob Verzugszinsen geschuldet sind und wie sich eine allfällige Forderung zusammensetzt. Der Schadensbetrag ist demnach zu reduzieren.

E. 3.4.2

Ausgewiesen sind sodann die Mahngebühren in der Höhe von Fr. 200.--. Aktenkundig ist, dass die A. ___ AG am 15. Januar 2001 gemahnt wurde (Urk. 2/11/5-6). Mit der Mahnung ist eine Mahngebühr von Fr. 20.-- bis Fr. 200.-- aufzuerlegen (Art. 34a Abs. 2 AHVV). Entgegen den Vorbringen der Beklagten (vgl. Urk. 11 S. 6 Ziff. 9) sind die Betreuungskosten aufgrund des Zahlungsbefehls vom 8. Februar 2001 (Urk. 2/11/3) und des Verlustscheins vom 17. April 2001 (Urk. 2/11/1) ausgewiesen. Sie setzen sich wie folgt zusammen: Fr. 100.-- Kosten Zahlungsbefehl, Fr. 8.90 Pfändungsankündigung, Fr. 42.50 Vollzug, Fr. 21.-- Abschrift Gläubiger, Fr. 16.70 Doppel Schuldner. Es ist von deren Richtigkeit auszugehen.

E. 3.5

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Schadenersatzpflicht sich auch auf zu Unrecht ergangene Beitragsrückerstattungen erstreckt, sofern die übrigen Voraussetzungen, insbesondere ein Verschulden des Arbeitgebers und seiner Organe, zu bejahen sind (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgericht vom 10. Oktober 2002 in Sachen K, H 36/02 und in Sachen V., H 38/02 Erw. 5.2 mit Hinweis auf: Knus Marlies, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, Diss. Zürich 1989, S. 42 ff.).

Nach dem Gesagten erweisen sich die Einwände der Beklagten bezüglich der Verzugszinsen als begründet. Die paritätischen Beiträge und FAK-Beiträge von Fr. 33'529.55 sowie die Mahngebühren und Betreuungskosten von Fr. 389.10 sind jedoch nicht zu beanstanden, weshalb die Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 33'918.65 ausgewiesen ist.

E. 4

Zu prüfen sind die weiteren Haftungsvoraussetzungen der Widerrechtlichkeit, des Verschuldens und des adäquaten Kausalzusammenhangs.

E. 4.1

Hinsichtlich der Widerrechtlichkeit machen die Beklagten geltend, die Behauptung der Klägerin, wonach die A. ___ AG im Jahre 1995 zu Unrecht keine Sozialversicherungsbeiträge entrichtet habe, sei eine offensichtliche Unwahrheit. Wie sich aus den Darlegungen der Klägerin selbst ergebe, sei das Gegenteil richtig. Die A. ___ AG habe während des Jahres 1995 termingerecht und korrekt die auf die ausbezahlten Löhne entfallenden Sozialversicherungsbeiträge bezahlt. Die Klägerin habe am 16. Januar 1996 eine falsche Abrechnung erstellt und der A. ___ AG Fr. 37'424.90 abzüglich eines angeblich noch offenen Guthabens von Fr. 5'138.90, insgesamt somit Fr. 32'286.-- zurückvergütet. Es erweise sich als irreführend, wenn die Klägerin behaupte, die A. ___ AG habe für das Jahr 1995 keine Sozialversicherungsbeiträge entrichtet. Die A. ___ AG habe dies getan, aber die Klägerin habe ihr die Beiträge zurückbezahlt (Urk. 11 S. 7 Ziff. 12).

Der A. ___ AG kann unter diesen Umständen nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie sei der Beitragsabrechnungspflicht nicht nachgekommen. Dagegen durfte sie die im Widerspruch zum Vermerk im am 18. Dezember 1995 bei der Klägerin eingegangenen Begleitschreiben ("Wir beschäftigen seit 30.11.95 keine Person mehr ...") stehende, offensichtlich unrichtige Rücküberweisung der Ausgleichskasse nicht in guten Treuen als rechtmässig erachten. Zudem hat sie der Ausgleichskasse eine Lohnbescheinigung eingereicht, welche unvollständig war (Urk. 2/6a-b). Die Widerrechtlichkeit des Verhaltens ist in Bezug auf die Schadenersatzforderung daher zu bejahen.

Es steht damit fest, dass die A. ___ AG gegen die Vorschriften von Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV verstossen hat, was grundsätzlich die volle Schadensdeckung nach sich zieht

E. 4.2

Zu prüfen ist sodann, ob die Beklagten ein Verschulden trifft.

E. 4.2.1

Da die Nichterfüllung der Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht in der Regel die volle Schadensdeckung nach sich zieht (vgl. vorstehend Erw. 1.5), und die Ausgleichskasse davon ausgehen darf, dass die Arbeitgeberin die Vorschriften absichtlich oder grobfahrlässig verletzt hat, sofern keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit ihres Handelns oder ihrer Schuldlosigkeit bestehen (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 213), hat hinsichtlich des Verschuldens des einzelnen Verwaltungsrates der ins Recht Gefasste aufgrund der ihm obliegenden Mitwirkungspflichten den Nachweis für allfällige Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe zu erbringen (SVR 1998 AHV Nr. 15 Erw. 4a und BGE 108 V 198 Erw. 1). Verwaltung und Gericht prüfen im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes die Berechtigung der erhobenen Einwände.

E. 4.2.2

Haftungsvoraussetzung aus Art. 52 AHVG ist praxisgemäss die formelle oder materielle Organstellung der Pflichtigen. Als Organ einer juristischen Person sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates zu betrachten und zwar unabhängig davon, welche Aufgaben sie tatsächlich erfüllen beziehungsweise unabhängig von ihrem tatsächlichen Einfluss (Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Zürich 1987, S. 208 f., N

650 und 654).

E. 4.2.3

Gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 18. Juli 2001 ist seit Januar 1993 die Beklagte 1 Mitglied des Verwaltungsrats mit Kollektivunterschrift zu zweien und der Beklagte 2 Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift (Urk. 2/2). Die formelle Organstellung der Beklagten ist somit während der vorliegend relevanten Zeit gegeben, weshalb sie grundsätzlich für den eingeklagten Schaden einzustehen haben.

E. 4.2.4

Die Beklagten wenden ein, Voraussetzung für eine Schadenersatzforderung sei neben einem ausgewiesenen Schaden, dass der Arbeitgeber Vorschriften missachtet habe und diese Missachtung absichtlich oder grobfahrlässig erfolgt sei. Vorliegend fehle es bereits an der ersten Voraussetzung. Die Beklagten hätten sodann keine konkreten Vorschriften verletzt, die sie zu einem Handeln oder Unterlassen verpflichteten. Es sei nicht zu erkennen, woraus sich eine Pflicht zur Reaktion auf die zurückerstatteten Beiträge ergebe. Zudem habe für die A. ___ AG und die Beklagten auch deshalb keine Veranlassung zu einer Reaktion bestanden, weil sie den Fehler der Klägerin schlichtweg nicht realisiert haben. Sie seien damals im Aufbau eines neuen Unternehmens gewesen. Sie vertrauten der ihnen von der Klägerin zugestellten Abrechnung und verzichteten auf deren Überprüfung. Es möge zwar empfehlenswert sein, behördliche Anordnungen kritisch zu prüfen, doch es bestehe hierzu keine Rechtspflicht. Die durch nichts belegte Unterstellung der Klägerin, die Beklagten hätten den Fehler der Klägerin erkannt und gleichwohl nicht reagiert, werde entschieden zurückgewiesen (Urk. 11 S. 7 f. Ziff. 13-15).

E. 4.2.5

Den Beklagten ist vorzuwerfen, dass sie nach der offensichtlich irrtümlich erfolgten Beitragsrückerstattung keine Abklärungen hinsichtlich des Rechtsgrundes der Rückzahlung getroffen haben. Darauf, dass behördlichem Handeln bedingungslos Vertrauen entgegengebracht werden kann, können sie sich nicht berufen. Weil nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 des Obligationenrechts die Kontrolle des Zahlungsverkehrs unbestrittenermassen zu den Aufgaben des Verwaltungsrates gehört, hätte ihnen die Rückzahlung vom 16. Januar 1996, welche immerhin fast die gesamten bezahlten Beiträge für das Jahr 1995 ausmachte, bei hinreichender Aufmerksamkeit auffallen müssen.

Bei der A. ___ AG hat es sich um ein kleines Unternehmen mit einfachen und leicht überschaubaren Verhältnissen gehandelt, weshalb die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht seiner Organe praxisgemäss nach einem strengen Massstab zu beurteilen sind. Zwar mag es zutreffen, dass die Beklagten sich im Aufbau eines neuen Unternehmens befanden. Als Verwaltungsratsmitglieder der bestehenden Gesellschaft war es indessen ihre Pflicht, die aufgrund des Gesetzes obliegenden Pflichten wahrzunehmen, sich unter anderem über die ordnungsgemässe Zahlung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zu vergewissern und nötigenfalls entsprechende Massnahmen zu verlangen, zumal ihnen schon damals bekannt war, dass die Geschäftsentwicklung unbefriedigend war. Immerhin brachte die A. ___ AG die Arbeitnehmerbeiträge von den ausbezahlten Löhnen in Abzug. Indem die A. ___ AG trotz Kenntnis der ungünstigen Geschäftsentwicklung schliesslich nicht für die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge gesorgt hat, hat sie den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden schuldhaft mitverursacht.

Zu Unrecht werfen die Beklagten der Ausgleichskasse in diesem Zusammenhang vor, sie habe sie durch ihr Verhalten im falschen Glauben gelassen, dass die Beiträge bezahlt worden seien. Denn in den Akten findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass die Klägerin der A. ___ AG gegenüber auf die gesetzlich vorgeschriebenen Beitragsforderungen teilweise oder sogar ganz verzichten und auch davon absehen wollte, später gegebenenfalls Schadenersatzforderungen gegen die verantwortlichen Organe geltend zu machen.

E. 4.3

Die Bezahlung der Löhne ohne Überprüfung der ordnungsgemässen Bezahlung oder Sicherstellung der geschuldeten Beiträge führte dazu, dass die Ausgleichskasse in der Betreuung der A. ___ AG zu Verlust kam. Das Verhalten der Beklagten war somit kausal für den entstandenen Schaden.

E. 5

Die Schadenersatzpflicht kann wegen Mitverschuldens der Verwaltung herabgesetzt werden, wenn sich diese einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, was namentlich dann der Fall ist, wenn sie elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat. Eine Herabsetzung kann indessen nur erfolgen, wenn und soweit das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltung für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal war (BGE 122 V 189 Erw. 3c; vgl. auch Praxis 1997 Nr. 48 S. 250 ff.; SZS 44/2000 S. 91 ff.). Im vorliegenden Fall hat die Ausgleichskasse insofern eine grobe Pflichtverletzung begangen, als sie der A. ___ AG ohne nähere Prüfung des Sachverhalts zu Unrecht Beiträge zurückerstattet hat, welche nun Hauptgegenstand der Schadenersatzforderung bilden. Die Pflichtverletzung ist insofern als adäquat kausal für den Schaden zu betrachten, als davon auszugehen ist, dass dieser zumindest geringer ausgefallen wäre, wenn die Ausgleichskasse pflichtgemäss gehandelt hätte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände rechtfertigt es sich, die Schadenersatzpflicht der Beklagten wegen Mitverschuldens der Ausgleichskasse um die Hälfte, somit auf Fr. 16'959.35 (Fr. 33'918.65 : 2; vgl. Erw. 3.5) zu reduzieren.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beklagten Anspruch auf eine reduzierte Prozessentschädigung (Art. 81 Abs. 3 Satz 2 AHVV in Verbindung mit Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG). Diese ist gestützt auf § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht in Verbindung mit § 9 der Verordnung über die sozialversicherungsgerichtlichen Gebühren, Kosten und Entschädigungen unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwandes, der Schwierigkeit des Prozesses und der Bedeutung der Streitsache auf insgesamt Fr. 1'100.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage werden C. ___ und D. ___ unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Ausgleichskasse Grosshandel + Transithandel Schadenersatz im Betrag von Fr. 16'959.35 zu bezahlen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- F?rsprecher Raymonde Zeller-Pauli
- Rechtsanwalt Dr. Werner Beeler
- Bundesamt f?r Sozialversicherung

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgen?ssischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgen?ssischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begr?ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdef?hrers oder seines Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugeh?rige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdef?hrer sie in H?nden hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

Bez?glich der kantonalrechtlichen Beitr?ge an die Familienausgleichskasse ist kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht ver?ffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.